

A política, o direito e a incerteza

Pedro José de Almeida Ribeiro

A política, o direito e a incerteza

Pedro José de Almeida Ribeiro*

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar a complexa interação que existe entre o direito e a política por meio da análise conceitual e histórica das diferentes teorias que tentam modelar e entender a atividade judicial. Pretende-se apresentar os elementos que influenciam a tomada de decisões na atividade judicial, pela ótica dos incentivos internos e externos que levam os juízes a decidir como decidem, para quebrar o paradigma do direito reduzido ao que está na lei. Com base nesse quadro, será explicado porque as pessoas não familiarizadas com o direito precisam compreender a atividade jurídica de forma distinta da usual, mais próxima da lógica de um gestor de riscos e menos focada na lógica binária do certo/errado.

*Advogado do BNDES, mestrando em Direito Público (Constitucional e Administrativo) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Este artigo é de exclusiva responsabilidade do autor, não refletindo, necessariamente, a opinião do BNDES.

Abstract

The purpose of this paper is to demonstrate the complex relation between law and politics, from the perspective of the global expansion of the judicial power. The idea is to present the different models that study the judicial behavior, to change the current perception that legality is the only element of a judicial decision. From that point, we are going to explain why the legal activity must be understood in a different perspective than it usually is, less focused in a right or wrong perspective.

Introdução

Qualquer leitor mais assíduo dos jornais de grande circulação já reparou que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal (STF) vem ocupando, com cada vez mais frequência, as capas desses periódicos. E o motivo não é apenas o “mensalão”. O STF está envolvido em assuntos de todos os tipos: da partilha dos *royalties* do petróleo ao aborto de fetos anencefálicos, passando pela união de casais homossexuais e pela distribuição de recursos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Virtualmente, todas as questões relevantes vêm sendo submetidas à última instância do Poder Judiciário no Brasil.

Contudo, esse fenômeno não é exclusivamente nacional. Em 3 de dezembro de 2004, na eleição presidencial da Ucrânia, a Suprema Corte desse país anulou a segunda eleição presidencial, de 21 de novembro, que tinha resultado na vitória aparente de Viktor Vanukovych. A corte concluiu que a eleição tinha violado diversos dispositivos da constituição que governava o processo eleitoral. Surpreendentemente, os políticos ucranianos aceitaram a decisão da Suprema Corte, e novas eleições foram realizadas. O novo presidente eleito foi Viktor Yushenko [Gibson (2008)]. Tamanha demonstração de poder por uma corte em um país com pouca tradição democrática é um exemplo desse processo de aumento de poder do Judiciário.

Outro evento importante foi a famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Bush *versus* Gore. Os candidatos George W. Bush e Al Gore estavam empatados na eleição presidencial americana, faltando a definição do vencedor no estado da Flórida. O candidato democrata exigia uma nova recontagem de votos, que estava sendo obstada pela Suprema Corte do estado. O caso foi parar na Suprema Corte Federal, que estabeleceu Bush como

o vencedor da eleição, proibindo nova recontagem dos votos. Em 2000, pode-se dizer que os nove *justices* americanos decidiram a eleição presidencial do país mais poderoso do mundo.

Em situações como essas, como você ficaria mais confortável? Sabendo que os juízes vão julgar com base na lei? Ou se buscarem a melhor política pública?

Esse fenômeno em que virtualmente todas as questões políticas são levadas à justiça é chamado de “judicialização da política”. E ele vem revelando o lado oculto do direito: sua dependência da política.

Embora direito e política sejam palavras polissêmicas, o vocábulo “política” aqui é utilizado em sua forma mais pura, desprovida de conteúdo pejorativo. Política nesse caso significa apenas organização, gestão da coisa pública, administração. Feita essa ressalva, pode-se continuar.

Usualmente, concebe-se o direito como uma atividade absolutamente distinta da administração, do governo, ou seja, da política. O conhecimento convencional associa o direito à lei, mas isso não é um acidente; tem uma razão. A lei é o elemento que dá legitimidade ao direito. As pessoas só admitem que 11 pessoas não eleitas (os ministros do STF) decidam a validade da partilha dos *royalties* e se homossexuais podem ou não ter uma união estável porque acreditam que eles estão aplicando a lei. Se estivessem apenas decidindo com base na política que lhes parecesse mais interessante, então qualquer um poderia estar nesse papel. O “notório saber jurídico”, exigido pela Constituição da República, não faria sentido. Aliás, se só escolhessem políticas, então não precisariam existir, já que é esta a função do Congresso.

O propósito deste artigo é expor as diversas concepções existentes sobre a função judicial, a atividade executada pelos juízes – sejam os do STF, sejam os juízes em geral –, para demonstrar os incentivos

que levam os juízes a agir como agem. Ao fim, espera-se demonstrar como a atividade jurídica é mais complexa do que se concebe.

No primeiro momento, comentam-se as diferentes teorias que tentam modelar e entender a atividade judicial. Em seguida, será demonstrado que, embora essas teorias ajudem a compreender melhor o processo decisório no direito, nenhum modelo puro é capaz de compreender a atividade judicial de forma completa, já que ela é complexa e depende da interação de todos os modelos. O objetivo final é mostrar as diversas variáveis que se apresentam para o advogado e permitir que aqueles que não são familiarizados com o raciocínio jurídico compreendam melhor a atividade jurídica.

O modelo legal

O modelo legal é a base de todo o conhecimento jurídico. É o modelo que se ensina nos primeiros semestres da faculdade de Direito e é o modelo ao qual as pessoas em geral identificam a atividade jurídica: o direito, ou o processo decisório judicial, baseia-se única e exclusivamente na lei. O juiz conhece a lei e a aplica ao caso concreto. Sua atividade é quase mecânica, desprovida de considerações pessoais. O juiz é um técnico que aplica a lei tal qual um engenheiro aplica um modelo matemático previamente conhecido.

Nesse modelo, o direito e a política são atividades completamente distintas. A política é realizada pelo Legislativo e o direito é aplicado pelos juízes.

A origem dessa proposta se confunde com uma concepção do direito como uma “ciência quase exata”, que surgiu na proposta progressista e cientificista do século XIX. As respostas estariam todas no sistema jurídico, e tudo o que seria necessário para um bom advogado seria conhecer as leis existentes no país.

Em suma, o modelo legal propõe que há um único elemento considerado pelo juiz em seu processo decisório: a lei.

A primeira grande crise do modelo legal aconteceu nos Estados Unidos a partir da década de 1930. Do início da reconstrução após a guerra civil até essa crise, a Suprema Corte americana estabeleceu uma interpretação bastante liberal da Constituição de seu país e, com isso, passou a invalidar leis nas quais o Estado tentava regular as relações econômicas.

É importante ressaltar que o direito trabalhista não existia, e a relação de trabalho era entendida como uma relação contratual. Nesse cenário, a Suprema Corte sistematicamente invalidou leis de cunho social que tentaram interferir na liberdade dos empregados de contratar com seus empregadores: leis que estabeleciam salário mínimo, limite de horas de trabalho para crianças, entre outros exemplos.

Essa “aplicação da lei” pela Suprema Corte dos Estados Unidos confrontava a política econômica e social do Presidente Franklin Delano Roosevelt (FDR), o conhecido “*new deal*”. Contrariado com a atuação da corte, o Presidente FDR, fortalecido pelas sucessivas vitórias eleitorais, começou a atacar publicamente o Judiciário, culminando em sua proposta de lei de 1937, o “*Judicial procedures reform Bill of 1937*”, mais conhecido como “*court-packing plan*”, cujo propósito era reformar o Judiciário americano.¹ A proposta mais relevante para o propósito do presidente era a possibilidade de nomear novos membros para a Suprema Corte, aumentando a composição de nove para até 15 juízes. A intenção

¹ Vale ressaltar que o Judiciário americano é estruturado por lei. A Constituição fala apenas o básico. No cenário brasileiro pós Constituição de 1988, qualquer tentativa de reforma do Judiciário nos moldes propostos por Roosevelt demandaria uma emenda constitucional.

era clara: com novos membros, o presidente queria mudar o rumo dos julgamentos. A lei não chegou a ser aprovada, porém a corte entendeu o recado: no julgamento do caso *West Coast Hotel Co. versus Parrish*, a Suprema Corte modificou seu entendimento anterior e considerou constitucional uma lei do estado de Washington que estabelecia um salário mínimo.

A modificação na interpretação do Judiciário impediu a reforma, mas criou na sociedade a sensação de que havia ali algo além do direito: como era possível os mesmos juízes, com a mesma Constituição, mudarem de posição dessa forma?

Surgiu, então, o movimento realista do direito, cuja proposta era questionar a força que a lei exerce sobre os juízes. Para esse movimento, o processo decisório judicial é fruto das interações sociais e submetido a múltiplas forças – econômicas, políticas –, e a lei é apenas um dos elementos que os juízes consideram. A cientificidade e a completude do direito são quebradas, e a ciência política começa a questionar a legitimidade do judiciário. Afinal, se tudo é política, por que são os juízes que decidem? Esses questionamentos levaram estudiosos a propor um modelo diametralmente oposto ao modelo legal: o modelo político ou atitudinal.

No Brasil, o ambiente político e social não permitiu o desenvolvimento de críticas ao modelo legal até a reabertura democrática. Só por meio de leituras filosóficas que buscaram introduzir ao direito um cunho de transformação social e justiça é que o direito brasileiro começou a questionar a plenitude do texto legal e da legalidade pura.

Hoje, em um contexto de constitucionalização do direito, de ativismo do STF e de judicialização da política, a proposta de redução do direito à lei se tornou insustentável. Qualquer observador minuciosamente atento já percebeu que há mais no direito do que a lei.

Cabe, entretanto, uma ressalva. Não se pode, com base nesses exemplos, infirmar completamente o modelo legal. Pela própria formação das pessoas inseridas no mundo do direito ou mesmo em razão da expectativa que se cria em torno da atividade jurídica, a lei é um elemento fundamental do direito. O que será visto é que ela exerce maior ou menor influência no processo decisório conforme o tema, o juiz ou as partes envolvidas. Assim, se em casos envolvendo a partilha dos *royalties* no STF a influência do modelo legal é pequena, o mesmo não pode ser dito em relação a decisões na justiça comum sobre a aplicação de cláusulas contratuais envolvendo partes capazes. Neste último caso, em geral, o espaço decisório do juiz fica circunscrito ao que exige a lei. É a aplicação do modelo legal em sua máxima força.

O modelo político ou atitudinal

Ao contrário do modelo legal, o político reduz o comportamento judicial à ação política. Para os teóricos que defendem o modelo atitudinal (ou político), pouco importa o que a lei diz. O juiz vai decidir conforme sua visão política e seu senso genérico e abstrato de justiça. Dessa forma, se um membro do STF for politicamente conservador, ele entenderá que a Constituição proíbe a união homoafetiva e será contrário à política de cotas raciais nas universidades. Já se o juiz for politicamente inclinado a visões de esquerda, decidirá a favor da união homoafetiva e das cotas raciais nas universidades.

Os atitudinalistas argumentam que a lei – ou o conjunto de regras formais – apenas fornece um disfarce para o *judicial policy-making*. Ou seja, o principal componente de uma decisão judicial são os valores do juiz. A frase que sintetiza o modelo atitudinal foi pro-

ferida por dois de seus principais expoentes, Jeffrey Segal e Harold Spaeth: “*Simply put, Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he is extremely liberal*” [Segal e Spaeth (2002, p. 86)].²

Portanto, conhecendo a ideologia e os valores morais de um juiz, é possível determinar de que forma ele vai decidir. Por meio de um algoritmo baseado nesse modelo, cientistas políticos americanos, sem base jurídica aprofundada, conseguiram prever 75% dos resultados de julgamentos na Suprema Corte dos Estados Unidos.

O modelo atitudinal é extremamente eficaz quando analisa a Suprema Corte dos Estados Unidos. Sobretudo porque surgiu da observação dessa corte. Contudo, há dúvidas no que concerne a sua aplicabilidade às cortes inferiores. Alguns estudiosos alegam que, pela própria natureza do sistema jurídico, os juízes de primeira instância contariam com menos espaço para aplicar suas convicções íntimas. Assim, há quem defenda que o modelo atitudinal não é um bom modelo para estudar a decisão judicial, mas tão somente a decisão na Suprema Corte.

Além disso, os legalistas argumentam que é impossível distinguir precisamente o que seria a pura vontade do juiz e o que seria um entendimento específico sobre o conteúdo da lei. Ou seja, como eles (os atitudinalistas) podem alegar que é a ideologia que está informando o voto daquele juiz, e não um entendimento particular e de boa-fé sobre o significado da lei e o que ela exige para o caso concreto? Não podem. E esta é uma das grandes fragilidades do modelo.

Na verdade, a crítica feita pelos adeptos do modelo legal é uma crítica que pode ser aplicada à própria dicotomia entre lei e políti-

² Em português: “De forma simples, Rehnquist vota como vota porque é extremamente conservador; Marshall votava daquela forma porque era extremamente liberal”.

ca. Não existe essa separação clara. O direito, como conjunto de normas e procedimentos que regem a sociedade, é fruto da política. Direito e política interagem de forma dialética e se interpenetram até onde os olhos podem ver.

Como já foi dito, há espaços jurídicos em que o direito vai preponderar sobre a política e há outros em que será o contrário. Mas essa interdependência é insuperável: seja no plano de criação do direito – a lei é o produto da interação política – seja no plano da aplicação do direito – os juízes têm suas preferências políticas e estão sujeitos a influências múltiplas no processo decisório.

Para avançar a compreensão sobre o comportamento judicial, alguns teóricos resolveram focar em outros aspectos que não se resumem ao binômio lei-política. Richard Posner, Laurence Baum e Tom Ginsburg são alguns dos estudiosos que modelaram a atuação do judiciário em três novas perspectivas: na perspectiva econômica, na perspectiva psicossocial e na perspectiva estratégica, comentadas brevemente a seguir.

A perspectiva econômica da atuação do Judiciário

O universo da análise econômica do direito é um espaço quase vazio. Apenas nos últimos trinta anos alguns estudiosos passaram a dedicar sua atenção para a relação entre o direito e a economia.

Um dos maiores – se não for o maior – desses estudiosos é o juiz Richard Posner, cujos principais trabalhos se dedicam ao estudo econômico do direito. Para a teoria resultante dessa perspectiva de análise, a função primordial do direito não é garantir a justiça imediata, mas assegurar a otimização da distribuição de recursos. O juiz deve atuar com a racionalidade econômica da escassez.

Para além dessa aplicação – que é a mais importante –, o raciocínio econômico do juiz tem outra faceta. Juízes, assim como os demais seres humanos, estão interessados em maximizar seus momentos de lazer e minimizar seus momentos de trabalho. Poucas pessoas têm essa percepção. Constrói-se uma visão romântica do juiz como aquele agente que vai analisar minuciosamente todas as características de um processo e em seguida aplicará a lei. Mas, na verdade, um dos elementos que compõem a atuação dos juízes – como a atuação de qualquer outra pessoa – é a otimização de seu trabalho. A tendência dos juízes de seguir a jurisprudência dominante, ou mesmo de acompanhar o relator de um processo, estaria, em parte, imbuída desse elemento. Este é o raciocínio que está por trás daqueles que defendem que, em julgamentos colegiados, muitas vezes é o voto divergente o mais bem-fundamentado. Se o juiz dedicou energia para divergir, significa, em tese, que conhece o assunto a ponto de entender de maneira distinta.

De qualquer forma, esse raciocínio econômico não é o principal indicador do comportamento judicial. Caso fosse, não seriam tão comuns os votos divergentes. Este é apenas mais um dos ângulos do comportamento judicial.

Os juízes e sua audiência

Outra faceta da atuação judicial que também é recorrentemente desconsiderada é a do juiz como um ser social, que existe em uma comunidade, e que, como qualquer outra pessoa, precisa se sentir querido e aceito nos círculos sociais que frequenta. Para Baum (2006), imaginar que o juiz, ao se deparar com um caso, vai se despir de suas pré-compreensões, de seus anseios, de seus medos e de sua vaidade é esperar demais de um ser humano.

Para ele, o círculo de relações sociais da interação diária de um juiz com a comunidade jurídica tem muito mais importância do que abstrações como a opinião pública ou o Congresso, ou até do que instituições concretas como a mídia e grupos de interesse organizados. Os juízes seriam, então, muito mais influenciados por fatores psicológicos que se moldam pela necessidade de ser aceito em uma comunidade – um aspecto inerente ao ser humano – do que por considerações institucionais e altruístas.

O exemplo da segregação racial nos Estados Unidos dos anos 1950 e 1960 ilustra bem isso. Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu o famoso caso *Brown versus Board of Education*,³ em que declarou inconstitucionais leis estaduais que estabeleciam a separação de negros e brancos em escolas públicas.

No entanto, muitos estados do sul se recusaram a cumprir a decisão, alegando que a Corte Federal estava invadindo a autonomia dos Estados. As populações locais – ao menos nos estados do sul – eram majoritariamente contrárias ao fim da segregação escolar. A discriminação era chancelada pela doutrina do *equal but separate*.⁴ Os juízes locais foram então chamados a dar cumprimento a *Brown*.

Imagine a situação de um juiz cujos amigos e familiares eram visceralmente contrários ao fim da segregação. Esse tipo de pressão social, das pessoas mais imediatamente ligadas a eles, com certeza exerceu um peso em suas considerações. Como demonstra Baum (2006, p. 91):

³ 347 U.S. 483.

⁴ Depois da aprovação de emenda constitucional abolindo a escravidão, os negros passaram a ser considerados formalmente iguais. Contudo, principalmente nos estados do sul, vigorou até a década de 1960 a política de “iguais, mas separados”, em que os negros eram sistematicamente segregados em escolas, banheiros e ônibus.

*A judge who makes rulings adverse to segregation is not likely to be honored by testimonial dinners, or to read flattering editorials in the local press, or to partake of the fellowship at the club. He will no longer be invited to certain homes; former friends will avoid him when they meet on the street.*⁵

O juiz da Suprema Corte americana Hugo Black relatou que passou por certo grau de isolamento de amigos e conhecidos no Alabama depois que a corte decidiu *Brown versus Board of Education*. Segundo ele, uma sobrinha teria ficado 15 anos sem lhe dirigir a palavra. Já no norte, em que o apoio à dessegregação era maior, os juizes tiveram menos dificuldades em implementar a decisão da Suprema Corte. Sem dúvida, quando um juiz antecipa a provável perda de amizades, isso deve funcionar como um grande constrangimento à atuação judicial. Juizes também querem ter amigos.

Claro que nenhuma decisão judicial pode ser orientada única e exclusivamente por considerações de prestígio ou vaidade. Um juiz que decida apenas com o propósito de agradar um grupo ou seus amigos estará cometendo um ato que deve ser rejeitado pelo sistema. Mas o fato de não se admitir que uma decisão seja baseada apenas nisso não impede que se admita que os juizes, ainda que muitas vezes o façam de forma inconsciente, sempre consideram o efeito de suas decisões naqueles com quem convivem. Não se pode ignorar a realidade como ela é, sob pena de modelarem-se ideias inatingíveis, que levarão, necessariamente, ao fracasso do modelo. Essas questões integram a natureza humana, e juizes também são seres humanos. Na síntese perfeita de Baum (2006, p. 91): *“People are complicated”*.

⁵ Em português: “Um juiz que decida contra a segregação provavelmente não será honrado com jantares ou lerá editoriais elogiosos na imprensa local, ou será convidado para se associar a clubes locais. Não será mais convidado para certas casas, e antigos amigos o evitarão quando se encontrarem na rua”.

Há uma quinta perspectiva do comportamento judicial, que talvez seja aquela que melhor modela a atuação dos juízes (embora tenha seus defeitos, como será evidenciado): o modelo estratégico.

O comportamento estratégico

O modelo estratégico foi sintetizado por Epstein e Knight (2000) da seguinte forma:

- (1) as social actors make choices in order to achieve certain goals;*
- (2) social actors act strategically in the sense that their choices depend on their expectations about the choices of other actors; and*
- (3) these choices are structured by the institutional setting in which they are made.⁶*

Ou seja, a ideia é que os juízes estão cientes de que não atuam completamente livres. Existem outras pessoas e instituições cujas expectativas limitam as possibilidades dos juízes de transformar a realidade por meio de sua perspectiva ideológica ou mesmo de sua leitura da lei. As preferências dos demais precisam ser levadas em conta pelo juiz.

Assim, o modelo estratégico assume que os juízes são seres racionais e muito bem-informados, que conhecem as preferências dos demais atores que podem constranger seu processo decisório (os legisladores, o Executivo, a opinião pública), e que, com base nesses elementos, vão decidir as questões jurídicas buscando otimizar suas preferências.

⁶ Em português: (1) atores sociais fazem escolhas para atingir certos objetivos; (2) atores sociais atuam estrategicamente no sentido de que suas escolhas dependem de suas expectativas no que concerne à escolha de outros atores; e (3) essas escolhas são estruturadas pelo *design* institucional no qual são feitas.

Há muitos incentivos para o Judiciário atuar de forma estratégica, seja no plano institucional, seja no plano individual. No plano institucional, a preocupação maior é com a manutenção de sua legitimidade. O Judiciário, ao contrário do que se pensa, é o poder menos forte dos três. O Executivo controla o exército, a máquina estatal, estabelece as diretrizes do país e ainda tem a iniciativa das leis. O Legislativo, além de aprovar as leis, detém, com o Executivo, o controle do orçamento e a fiscalização dos demais poderes.

Embora o Judiciário disponha da força de invalidar leis, a verdade é que essa força só existe na medida em que o Executivo e o Legislativo a aceitam. Há diversos exemplos pelo mundo do Judiciário sendo controlado pelos demais poderes. O Brasil tem exemplos excelentes. No governo militar, o Ato Institucional 2, de 27.10.1965, aumentou o número de ministros do STF para 16, com o objetivo de diluir a importância daqueles que tinham posturas ideológicas contrárias ao governo. Ainda assim, o governo, insatisfeito, cassou os ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, em 13.12.1968, no Ato Institucional 5 [Brandão (2011)]. Contra a força de canhões, não há argumentos.

Portanto, a força do Judiciário depende de sua capacidade de fazer suas decisões serem compreendidas e aceitas pelo maior número possível de pessoas. Em última análise, é impossível, para os juízes, decidir de forma absolutamente contrária à sociedade. Alguém imagina que um juiz poderia decidir que segregar judeus era errado na Alemanha nazista? Essa decisão simplesmente não seria cumprida, ou, no mínimo, teria a possibilidade de reversão pelos demais poderes.

O Executivo e o Legislativo, como foi dito, dispõem de diversos mecanismos para controlar o Judiciário. Podem cortar o orçamento, refazer leis invalidadas, e, em última análise, emendar a Constituição para obrigar os juízes a rever sua interpretação.

O juiz ou a corte que atue de forma estratégica deve atuar tal qual em um jogo de xadrez. Com um objetivo claro, saberá avançar ou recuar buscando sempre maximizar os resultados pretendidos. Muitas vezes os juízes abrirão mão de decidir da forma como entendem ser a melhor para o caso específico (seja com base em ideologia ou com base no melhor entendimento da lei) por meio de um cálculo consequencialista – ou pragmático – que lhes garanta um resultado mais favorável no futuro. Ou seja, o modelo estratégico propõe que o juiz ou a corte leve em conta as diversas alternativas e opte por aquela que vai avançar mais seu entendimento ou ideologia, não naquele caso específico, mas considerando o todo.

A história da Suprema Corte dos Estados Unidos é um excelente exemplo de uma corte que, em seus primeiros anos, esteve perto de ser extinta diversas vezes, mas que, sobrevivente, soube decidir de forma a progressivamente aumentar seu poder, até se consolidar de tal modo que suas decisões se tornaram insuscetíveis de desafio formal.

O caso mais famoso da história americana, *Marbury versus Madison*,⁷ é um exemplo claro de atuação estratégica. O então Presidente Thomas Jefferson havia se recusado a nomear Marbury como juiz de paz, pois ele havia sido indicado pelo presidente anterior, John Adams – seu rival político. Marbury recorreu ao Judiciário. Pressionado pela perspectiva de uma decisão judicial que o obrigasse a nomear o juiz, Jefferson ameaçou cassar juízes e até acabar com a Suprema Corte.

⁷ John Adams era o presidente dos Estados Unidos e foi derrotado nas eleições por Thomas Jefferson, que personificava o grupo rival ao de Adams, os antifederalistas. Nesse contexto, Adams usou os últimos dias de sua presidência para nomear diversos juízes e juízes de paz. Como eram muitos, algumas nomeações não conseguiram ser realizadas antes da posse de Jefferson. O novo presidente se recusou a nomear aqueles que ainda não tinham sido nomeados. Alguns deles, como Marbury, foram à justiça para garantir sua nomeação.

Diante dessa situação, a Suprema Corte afirmou que tinha o poder de invalidar leis que contrariassem a Constituição, mas decidiu de forma a não contrariar o presidente: ela se declarou incompetente para julgar o caso, e, com isso, evitou desafiar o Presidente Thomas Jefferson. Durante os primeiros 150 anos daquele país, o Judiciário sistematicamente apoiou o Executivo Federal, garantindo sua existência e a consolidação de seu poder. Só em 1857, no caso *Dred Scott versus Sanford*,⁸ a Suprema Corte voltou a desafiar o Executivo Federal, quando estabeleceu que a escravidão era legítima no país. O resultado foi a guerra civil.

Portanto, o comportamento estratégico de um juiz ou tribunal demandará que ele avalie as posições preferidas pelos demais atores institucionais. Se mantiver sua decisão em um espectro que, ainda que não agrade, mantenha os custos de modificação por parte das demais instituições maiores do que os prejuízos que elas em tese identificam, a decisão será mantida.

Pode-se imaginar um exemplo ilustrativo. Imagine uma situação em que a decisão ótima do Tribunal sobre a legalização das drogas seja a legalização apenas da maconha. Já o presidente entende que a decisão ótima sobre o tema seja a legalização de todas as drogas. A Câmara dos Deputados concorda com a posição ótima do Tribunal, e o Senado Federal, por sua vez, é contrário à legalização de qualquer droga. Nesse cenário, a corte poderá adotar sua posição ótima, porque o procedimento necessário para a reversão de sua decisão (uma emenda constitucional, por exemplo) dependeria de atores que estão satisfeitos com sua decisão.

Todavia, se, no mesmo caso, o presidente, a Câmara e o Senado fossem contrários à legalização, uma eventual decisão nesse sentido poderia expor a corte à reversão de sua decisão.

⁸ 60 U.S. 393.

No plano individual, os juízes – principalmente os que atuam em cortes – precisam considerar a expectativa de seus pares. Em cortes divididas, muitas vezes seu presidente deixa de escolher seu resultado preferido para se juntar à maioria e, redigindo a decisão, ter maior controle sobre seus termos.

Além disso, aspectos como a expectativa de ser promovido também informam uma atuação estratégica. Juízes deixam de decidir casos da forma que julgam ser a melhor (seja do ponto de vista da aplicação da lei ou do ponto de vista da ideologia) para demonstrar alinhamento com os juízes de instâncias superiores.

Em suma, o comportamento estratégico é aquele que mais se aproxima do verdadeiro comportamento judicial, na medida em que, em maior ou menor grau, considera todos os outros modelos: o legal, o político, o econômico e o baseado no juiz como ser social.

Contudo, recebe críticas porque exige demais do juiz. As pessoas não conseguem antecipar reações tão dinâmicas quanto as reações políticas e sociais.

Como fica a legitimidade do direito?

Como fica a legitimidade do direito, e por consequência, do Poder Judiciário, à luz de tudo que foi exposto? Afinal, se os juízes forem percebidos como agentes exclusivamente políticos que atuam de forma estratégica, em nada vão se diferenciar dos demais políticos.

A questão, portanto, abarca dois aspectos. O primeiro é relativizar a dialética direito/política. Como adiantado na introdução, o direito é fruto da política e a influencia. A relação é de interdependência e é impossível traçar uma linha que os separe plenamente. Seja nas lacunas legislativas ou na indeterminação da linguagem, que impõem ao juiz a utilização de critérios como ponderação e

razoabilidade, levando, na prática, a um juízo de valor por parte do julgador que inevitavelmente vai considerar sua ideologia e suas vontades; seja na redação de leis propositalmente ambíguas – já que fruto de um processo legislativo político que exige compromissos e concessões – que darão ao juiz o mesmo espaço para fazer política que as lacunas e a indeterminação da linguagem; ou até em casos politicamente sensíveis – partilha dos *royalties*, legalização de drogas etc. – cujo conteúdo moral termina por abstrair o conteúdo da lei, os juízes terão de decidir nesse limite entre o direito e a política.

No entanto, apesar dessa constatação, o Judiciário tem sua legitimidade, que não está reduzida à mera aplicação da lei. Ao contrário dos demais poderes, que se legitimam pelo voto, o judiciário depende de uma lógica argumentativa e de convencimento que atua como um elemento racionalizador do processo decisório.

No caso brasileiro, o fato de os juízes (com exceção dos tribunais superiores) serem selecionados por concurso público confere à atividade uma lisura e uma imparcialidade que são extremamente salutares para o sistema.

A divisão de poder é salutar no contexto de uma democracia, como definiu Montesquieu. Assim, a existência do Poder Judiciário, com atribuições próprias, reforça esse aspecto de divisão tão importante para a democracia.

Além disso, o fato de o Judiciário se manifestar sobre casos concretos, ou, ainda que em ações abstratas, depois de a lei estar em vigor, permite que os juízes possam avaliar seu impacto prático. O legislador não tem essa possibilidade. Sua atividade sempre envolve a expectativa de resultados futuros. O Judiciário pode decidir levando em conta a aplicação da lei já efetuada.

Por fim, ainda que se tenha ressaltado que a lei não é o único elemento que determina o comportamento judicial, ela continua

exercendo enorme influência no processo decisório, sobretudo em instâncias inferiores, o que o reconduz à legitimidade antiga, de aplicador da lei.

Conclusão

Compreender o comportamento judicial, ou como os juízes decidem, é uma forma de buscar entender o raciocínio jurídico. Afinal, em última análise, as questões jurídicas podem sempre ser submetidas ao Judiciário. E todo trabalho do advogado – ainda que seja a elaboração de um contrato – tem o objetivo de mitigar riscos e reduzir incertezas.

Se a atividade judicial se reduzisse à mera subsunção de fatos a critérios legais, o trabalho do advogado seria bem mais simples. Seria alcançado, sem dúvida, um ponto em que todas as hipóteses estariam modeladas e definidas e, em última análise, os advogados deixariam de ser necessários.

Contudo, como este trabalho pretendeu demonstrar, o direito é dinâmico tal como a política. Embora seja distinto dela, a relação é muito mais profunda do que se costuma admitir, e ela varia de acordo com o processo, o tribunal, enfim, de acordo com a situação concreta. Há espaços em que a lei é o elemento determinante, há outros em que ela se torna apenas um dos elementos da decisão.

Os não advogados têm em geral dificuldade de compreender esse ponto. É natural que não compreendam. Afinal, se vale o que está na lei, como podem existir várias respostas?

Justamente essa percepção mereceu a reflexão deste artigo. A lei é produto da política e, por isso, engloba lacunas, espaços não definidos e disposições redigidas com o propósito específico de gerar ambiguidade. Ambiguidade esta que pode ter sido a única solu-

ção encontrada para avançar um impasse entre políticos. Some-se a tudo isso as dificuldades naturais da linguagem, que produzem conceitos indeterminados, e chega-se ao produto básico do trabalho do advogado: a lei.

Não bastasse a lei e todas essas questões, os problemas jurídicos são solucionados pelo Poder Judiciário, composto de juízes, cujo comportamento é definido por variáveis múltiplas, que vão desde aspectos psicológicos (a aceitação por seus grupos sociais) até considerações mais imediatas (a forma como aquela decisão vai repercutir nos demais poderes).

Por tudo isso, as zonas de certeza nas quais o advogado atua são, geralmente, cálculos aproximados de risco. O advogado não é um matemático. O direito não é uma ciência natural, mas social, e, como tal, submete-se a contingências e fatores dinâmicos e imprevisíveis. A simples leitura da lei não permite necessariamente que se chegue a um resultado óbvio como em geral se espera do direito. O direito tem zonas de incerteza, e o advogado atua administrando essa incerteza. A atividade jurídica é, nesse aspecto, muito similar à de um gestor de riscos. Pois, se a política é a arte do possível, o direito, de certa forma, também.

Referências

BARNES, J. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUM, L. *Judges and their Audiences: a perspective on judicial behavior*. Princeton University Press, 2006.

BRANDÃO, R. *Supremacia judicial e diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

EGAN, P.; CITRIN, J. *Opinion leadership, backlash and delegitimation: supreme court rulings and public opinion*. Janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.yale.edu/csap/seminars/egan.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead. *Political Research Quarterly*, 53 (3): 625-61, 2000.

ESKRIDGE JR., W. N. Overriding Supreme Court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991.

FRIEDMAN, B. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

_____. *The cycles of constitutional theory*. 2004. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/lcp>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

_____. The Politics of Judicial Review. 84 *Texas Law Review* 266, 2005-2006.

FRIEDMAN, J. Democratic competence in normative and positive theory: neglected implications of “the nature of belief systems in mass publics”. *Critical Review*, v. 18, p. I-XLIII, 2006.

GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Alonso Reis Freire (trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. Latin American Constitutionalism, 1810-60. *Latin American Research Review*, v. 39, n. 2, p. 141-153, 2004. Project MUSE. Web. 26 Nov. 2012. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

GEYH, C. G. (Ed.). *What's Law got to do with it?* Stanford Law and Politics. Stanford University Press, 2011

GIBSON, J. L. From Simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior. *Political Behavior*, 5 (1):7-49, 1983.

_____. Judicial Institutions. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford University Press, 2008, p. 514.

GINSBURG, T. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GRIMM, D. *Constituição e política*. Geraldo de Carvalho (trad.) Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KLARMAN, M. J. Court, Congress and civil rights. In: DEVINS, N.; WHITTINGTON, K. E. *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005.

KNIGHT, J.; EPSTEIN, L. The norm of stare decisis. *American Journal of Political Science*, 40:1.018-1.035, 1996.

MARKS, B. A model of judicial influence on congressional policy-making: Grove City College v. Bell. *Working Paper in Political Science*, Hoover Institution, p. 88-97, 1988.

MELNICK, R. Shep. Courts and Agencies. In: MILLER, M. C.; BARNES, J. (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 89-107.

MENDES, C. H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo e Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, F. L. *STF. Do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

POSNER, R. A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2003.

_____. The anti-hero. Review of Murphy, B. A. Wild Bill: The legend and life of William O. Douglas. *New Republic*, Feb. 24 2003.
In: WHITTINGTON, K. E.; CALDEIRA, G. A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2010, p. 34.

POST, R.; SIEGEL, R. B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, *Public Law Working Paper n. 131*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: nov. 2012.

PUTNAM, R. D. *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*. Princeton: Princeton University Press, 1993.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 86.

SPRIGGS, J. F.; HANSFORD, T. G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *Journal of Politics*, 63 (4):1.091-1.111.

SUNSTEIN, C. R. *One Case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constitution of many minds – Why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. Nova York: Vintage, 1945. repr. 1990.

VANBERG, G. *The politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions)*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 19-60; 95-138.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, 12:55, 2009.

WHITTINGTON, K. E. The Political Foundations of Judicial Supremacy. In: BARBER, S.; GEORGE, R. *Constitutional politics – Essays on constitution making, maintenance and change*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 261-298.